

## **“I Seminário Internacional sobre Fundamentos Constitucionais do Estado”**

**Centro Universitário Salesiano de São Paulo UNISAL – 19 e 20 de junho de 2015.**

**EIXO TEMÁTICO : Direitos Sociais, Econômicos e Culturais**

**Tema: Lacunas e súmula vinculante. Os princípios constitucionais como fonte de direito e as possibilidades críticas da restrição da discricionariedade que tem os juízes ao decidir diante da colmatação das lacunas.**

### RESUMO

O objetivo do presente trabalho é demonstrar a importância e a forma de integralizar as normas jurídicas em aberto. Por mais que o legislador se esforce, é impossível para ele, abarcar todas as necessidades prementes de uma sociedade, levando-se em conta as inúmeras transformações do mundo hodierno, devido à dinâmica de cada sociedade.

A problemática das lacunas jurídicas, ante o caráter dinâmico do direito, é inerente ao sistema jurídico, sendo uma decorrência lógica da própria estrutura de nosso sistema.

O ordenamento jurídico deve conter as normas completas da vida social. Não pode ter falhas, nem é compatível com a sabedoria do legislador, aliada ao caráter genérico da norma, que esta deixa de conter, na sua abrangência, alguma situação não prevista.

O recurso à analogia é benéfico e necessário ao desenvolvimento do direito, que não pode ficar estático diante das contingências da vida em sociedade. É preciso, porém, que a ele só se recorra se forem preenchidas determinadas condições para evitar que se transforme no império do arbítrio, do qual resultaria a transgressão do próprio direito.

Convém ressaltar que a norma jurídica pode não aparecer em nosso sistema jurídico, não sendo mencionado o caso por mera omissão do legislador ou por não ter podido incluí-lo na época em que foi elaborado pelo fato de haver ele surgido posteriormente. Neste caso, a colmatação se faz necessária, recorrendo-se, primeiramente, à analogia, uma vez que o ordenamento jurídico não deve permitir que se dê tratamento diferente a casos semelhantes: ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio.

A analogia é a operação lógica, em virtude da qual o intérprete estende o dispositivo da lei a casos por ela não previstos. Distingue-se a analogia legal da jurídica. A primeira funda-se na identidade da razão ou na semelhança dos motivos da lei. A segunda intenta preencher as lacunas, não mais na lei, porém sim, do direito positivo em sua integridade, do conjunto das leis.

Nos sistemas de direito escrito, a lei é fonte de direito elaborada segundo os cânones estabelecidos, e as relações sociais se pautam pelos preceitos instituídos pelo legislador. Mesmo assim, reconhece-se a impossibilidade de abraçar ela todas as relações humanas, mais complexas do que a norma possa dominar. Aparece aí, o costume como a revelação espontânea da consciência jurídica da coletividade.

Fonte, sem dúvida, de grande importância, porém de mais difícil utilização, os princípios gerais do direito exigem do Juiz um manuseio com instrumentos mais abstratos e complexos e requerem uma busca através de um maior teor cultural do que os preceitos singelos de aplicação cotidiana.

Quando a investigação tem por objeto os princípios gerais do direito, a investigação vai além dos princípios que integram nosso sistema, mas sim, dos elementos fundamentais da cultura jurídica humana em nossos dias, das ideias e princípios os quais assenta a concepção jurídica dominante, como por exemplo, o princípio da boa-fé que caracteriza os contratos; das induções e generalizações da ciência do direito e dos preceitos da técnica.

PALAVRAS-CHAVE: Ordenamento Jurídico - Lacunas – Colmatação.

## ABSTRACT

The objective of this study is to demonstrate the importance and how to integrate the legal system. As much as the legislature tries, it is impossible to cover all the pressing needs of a society, taking into account the many changes in society.

The issue of legal gaps, compared to the dynamic nature of law is inherent in the legal system, being a logical consequence of its own structure.

The legal system should, in theory, contain full standards social life. It should not have flaws, nor is it compatible with the wisdom of the legislature, combined with generic of the norm, they no longer contain, in scope, some unforeseen situation.

In this case, the clogging is necessary, accordance, first, to the analogy, since legal system should not be allowed to give different treatment to similar cases: *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*.

In systems of law written, the law is a source of law drawn up according to established the canons of law, and social relations are guided by the precepts established by the legislature.

Even so, we recognize the impossibility of embracing all human relationships, more complex than the norm to master. Appears there, the analogy, custom and law as spontaneous revelation of the legal conscience of the community.

The analogy is the logical operation, whereby the interpreter extends the law to cases that she was not provided. Distinguished legal analogy. The first is based on the identity of the reason or reasons for the similarity of the law. The second attempts to fill gaps, not the law, but rather, from the law in its entirety.

The custom is one of the oldest legal sources, preceding even the law writing. Over time, however, the law has become immediate source of law. The law, extensive that is in their generalizations, however that unfolds in articles, contain all the multitude of emerging relations of social life, as variable place of people to people.

Source undoubtedly very important, but more difficult to use, the general principles of law require the Judge handling one with more abstract and complex instruments and require a search through greater cultural content than single and precepts of everyday application.

When the investigation is engaged in the general principles of law, the investigation goes beyond the principles that make up our system, but rather the fundamental elements of human legal culture in our day, the ideas and principles upon which the dominant legal concept, such as the principle of good faith featuring the contracts; of inductions and generalizations of the right science and art precepts.

A key moment in the history of interpretation of the law, in Germany, was the work of Zitelmann entitled 'The weaknesses of the law'. This work was extraordinary penetration the Brazilian positive law, noting that there is no fulfillment in positive legislation, however the legislator strives for perfection, there is always an empty without law that discipline. In the work of Zitelmann, was proved the existence of gaps in the legislation, but it was also recognized that the law, understood as land, can never have gaps.

There is a firm ground for the assertion that the gap is, paradoxically, this part of the legal universe, being the interpreter, or the right applicator, the task it well and practice it. Brazilian legislators became aware of this problem, determining the judge to resort to analogy, to custom and general principles of law, as in the parental order the judge can only sentence even in the face of dark or absence of legal text.

Thus, the purpose of this research paper is to raise potential critical points before the discretion of the judges when the utterance decisions in such situations, with the aim of seeking justice in solving real cases.

## 1. O PROBLEMA DA CONSTATAÇÃO DAS LACUNAS

Um momento fundamental na história da interpretação do Direito, na Alemanha, foi a obra de ZITELMANN, intitulada *As Lacunas do Direito*. Esse trabalho teve extraordinária penetração no Direito positivo Brasileiro, constatando que não existe plenitude na legislação positiva, por mais que o legislador se esforce para sua perfeição, há sempre um “resto” sem lei que o discipline. Na obra de Zitelmann, ficou provada a existência de lacunas na legislação, mas também ficou reconhecido que o Direito, entendido como ordenamento, jamais pode ter lacunas.

Existe um campo firme para a afirmação de que a lacuna é, paradoxalmente, parte presente no universo jurídico, cabendo ao intérprete, ou ao aplicador do direito, a tarefa de reconhecê-la e bem praticá-la. O legislador brasileiro tomou conhecimento desse problema, quando mandou recorrer à analogia, ao costume e aos princípios gerais do direito, havendo lacunas na lei e, que o Juiz não pode deixar de sentenciar mesmo em face de obscuridade no texto legal.

O distanciamento da previsão legal decorrente do tempo de sua elaboração e o instante de sua aplicação não justifica, em nenhum momento, o raciocínio de que há lacunana lei ou no ordenamento. A falta de precisão ou o singelo distanciamento do texto legal em face da realidade posterior exige, em primeira análise um juízo interpretativo, em todas as suas metodologias.

Convém, porém, abrir uma ressalva no tocante a diferenciação entre antinomia e lacuna. A primeira representa o conflito aparente entre normas, enquanto, a segunda, caracteriza a ausência de norma. Algumas situações não encontram ou não encontravam respaldo em nosso sistema jurídico, como é o caso do casamento entre pessoas do mesmo sexo, ou, a situação anterior à lei do concubinato. Já a antinomia pode ser caracterizada, por exemplo, pelo conflito entre artigos do Código Civil e a Constituição. Diante da antinomia, a interpretação da validade da norma deverá seguir os critérios cronológicos, hierárquicos e o da especialidade.

Para Maria Helena Diniz <sup>1</sup>o direito é um dado que abrange experiências históricas, sociológicas, axiológicas, que se completam. Logo as normas por mais completas que sejam, são apenas uma parte do direito. Isto nos leva a crer que o sistema jurídico é composto de vários

---

<sup>1</sup> Diniz, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 6 ed. São Paulo, Saraiva: 2000.

subsistemas. Na Tridimensionalidade Jurídica de Miguel Reale<sup>2</sup> encontramos a noção de que tal sistema se compõe de três subsistemas isomórficos: o de normas, o de fatos e os de valores. Logo, os elementos do sistema estão vinculados entre si por uma relação, sendo interdependentes. De forma que quando houver uma incongruência ou alteração entre eles temos a lacuna e a quebra da isomorfia.

A lei é apenas instrumento de revelação do Direito, o mais técnico, mas apenas um instrumento de trabalho e assim mesmo imperfeito, porquanto não prevê tudo aquilo que a existência oferece no seu desenvolvimento histórico.

Com efeito, o próprio legislador brasileiro, há mais de cinco décadas, acompanhando a tradição do texto precedente, estabeleceu que sua tarefa não se esgota em si mesma, fixando que “quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”( artigo 4º, da LICC )<sup>3</sup>.

Convém ressaltar que o organismo legislativo, poder produtor da lei, não pode dispor sobre todo o complexo das relações sociais, focalizada dentro do conjunto de seus vetores. Depreende-se assim, que a lacuna é, paradoxalmente, parte presente no universo jurídico, cabendo ao intérprete, ou ao aplicador do direito, a tarefa de reconhecê-la e bem praticá-la.

O Juiz ao recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito, por falta de ordenamento específico, pratica uma tênue faixa de legislação, conquanto, sem o atributo da generalidade, posto que seu ato só tem vigência e aplicabilidade perante o caso concreto. Não possui a qualidade *erga omnes*, mas tem o poder legal de substituir a omissão da lei, nesses exatos limites.

Certo é que o legislador não pode tudo prever, o que destaca que o direito, enquanto ciência, não deve ser tido por completo. Há espaços não alcançados pela malha jurídica, quer pela carência de legisladores capazes de verificar objetivamente os valores sociais suscetíveis de regramento, quer porque nenhuma regra humana é inteira e absolutamente imune a imperfeições.

---

<sup>2</sup>Reale, Miguel. Teoria Tridimensional do Direito - situação atual. São Paulo: Saraiva, 1994, 5.ª ed., p. 122

<sup>3</sup>O decreto –lei 4657/42 (LICC) que no passado serviu para estabelecer diretrizes e dirimir controvérsias apenas dentro do âmbito do Código Civil, com o advento do novo código em 2003, continua em vigor, com seus 19 artigos e tornou-se uma lei sobre direito em geral, contendo normas gerais sobre aplicação do direito em geral, além do direito internacional privado. Isso justifica também a nomenclatura alternativa e mais adequada à LICC, que é "Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro", regulada pela lei 12376 de 2010.

Paulo Dourado de Gusmão sustenta que há lacunas na lei, nos códigos, na doutrina, na jurisprudência e no próprio direito, porque não contém, muitas vezes, a solução para os casos imprevisíveis em suas respectivas épocas. Karl Engisch situa a lacuna no âmbito de integração jurídica, diz que as lacunas são da ciência do direito positivo, apreensíveis como faltas ou falhas de conteúdos de regulamentação jurídica para determinadas situações de fato em que é de esperar essa regulamentação e em que tais falhas postulam e admitem a sua remoção por meio de uma decisão judicial jurídico-integradora.

## 2. A HUMANIZAÇÃO DO DIREITO

O que ocorre é que as leis vigentes estão em permanente mora com os fatos sociais, distanciando-se do bem comum. São raros os textos legais onde a análise axiológica é firmemente refletiva, como ocorre com o Código de Defesa do Consumidor. Do mesmo modo, não é incomum a imprevisão do previsível e a malversação do caráter seletivo da norma.

É essencial que se levante, sem reservas, a necessidade de humanização na aplicação do artigo 4º, da LICC, aferindo-se as necessidades sociais e a paz comum, restaurando-se assim, os valores atingidos pelo comportamento social não mais aceitável.

Atualmente, onde a produção legislativa acaba por modificar aquilo que bem funciona, é de império que o aplicador do direito não perca de vista as necessidades sociais e o bem comum. É de rigor que o Juiz tenha a sensibilidade para perceber a lacuna da lei, marcada sua moderação, tendo a coragem e a humanidade necessárias para bem supri-la, na luz de cada caso concreto, e verificar as suas respectivas peculiaridades.

## 3. MEIO SUPLETIVOS DAS LACUNAS

No nosso direito dois são os mecanismos por meio dos quais se completa um ordenamento: a auto-integração e a heterointegração. A primeira é o método pelo qual o ordenamento se completa, recorrendo à fonte dominante do direito que é a lei, por exemplo, a analogia. A segunda é a técnica pela qual a ordem jurídica se completa, lançando mão de fontes diversas da norma legal, como: o costume, a equidade.

Convém ressaltar que os meios de integração do direito não se confundem com as formas de expressão do direito. Embora as formas secundárias ou supletivas sirvam para complementar o sistema, essa complementação não deve ser confundida com a sua integração, que consiste na aplicação do sistema aos casos concretos.

De ordinário, o sistema é hábil para a integração direta, para que a norma jurídica (de lei, de costume, ou de outra natureza) seja aplicada de imediato ao problema a ser solucionado. Mas vezes há em que a despeito das formas completativas o sistema se mostra insuficiente ou inadequado, ocasiões em que exsurge a necessidade do recurso aos meios de integração do direito.

#### 4. A ANALOGIA

O Artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil determina:

**Art. 4º. Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.**

O campo da atuação da analogia, nos termos do artigo acima citado, pressupõe, antes de mais nada, a omissão da lei, ou a falta de regra jurídica positiva reguladora de certo caso a decidir.

O argumento analógico, porém, não pode estender-se indefinidamente, estando ligado, por sua natureza, aos termos de que procede e entre os quais se desenvolve: a afinidade de fato e a identidade de razão. Alterar esses termos, afrouxar o vínculo que os une, para certo caso alcançar, como se nele estivesse propriamente compreendidos, não o permitem a lógica e o direito, especialmente dada àquela norma de lei, que, assinando à analogia a sua função, considera, expressamente, a hipótese de que o caso permaneça ainda duvidoso, isto é, que não baste a analogia para resolvê-lo.

O termo analogia é definido como: analogismo, conformidade, proporção, semelhança, relação. O Juiz recorre à analogia, que consiste em aplicar, a um caso não regulado de modo direto ou específico por uma norma jurídica, uma prescrição normativa vista para uma hipótese distinta, mas semelhante ao caso não contemplado, fundando-se na identidade do motivo da norma e na identidade do fato.

Para Clóvis Beviláqua<sup>4</sup> a analogia é a operação lógica, em virtude da qual o intérprete estende o dispositivo da lei a casos por ela não previstos. Comenta Ennecerus que a analogia é extensão de princípios contidos na lei para casos, que são juridicamente semelhantes aos decididos na lei.

---

<sup>4</sup>Beviláqua Clóvis. Teoria Geral do Direito Civil. 3ª edição. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves . Editora AS, 1980

Em outras palavras, a analogia é a aplicação, a um caso não previsto, de regra que rege hipótese semelhante. As regras da tutela, por exemplo, são aplicáveis à curatela. Julgar por analogia significa aplicar às hipóteses semelhantes as soluções oferecidas pelo legislador para casos análogos. A analogia se baseia na idéia de que, se a lei disciplina de determinada maneira uma relação jurídica, deve, por igual razão, disciplinar do mesmo modo uma outra relação semelhante. O princípio se condensa no adágio *ubi eadem ratio, idem jus*, isto é, onde houver a mesma razão, o mesmo deve ser o direito.

Pela analogia, muitos casos não previstos podem ser resolvidos, mas é mister que o aplicador proceda a uma investigação idônea a descobrir se as normas jurídicas, mesmo em campo diverso do lacunoso, foi previsto caso semelhante ao *sub judice*. O sistema do Código Civil Brasileiro é o seguinte: a lei é a forma por excelência do direito; num segundo plano e subsidiariamente, acha-se a analogia.

A analogia, segundo alguns autores, é um pensamento tópico que parte do caso conhecido, dirigindo-se às soluções imitadas. Seria um procedimento logicamente imperfeito ou quase lógico, que envolveria dois procedimentos: a constatação ( empírica ), por comparação, de que há uma semelhança entre fatos-tipos diferentes e um juízo de valor que mostra a relevância das semelhanças sobre as diferenças, tendo em vista uma decisão jurídica procurada. Apreciar a existência ou não de um círculo de semelhança entre o tipo legal e o fato não contemplado implica uma seleção ou um juízo avaliativo, por parte do órgão judicante, dos elementos relevantes de um e do outro.

O que seja analogia ensina-o ARISTÓTELES: “*Digo que há analogia quando o segundo termo está para o primeiro na igual relação em que está o quarto para o terceiro, porque, neste caso, o quarto termo poderá substituir o segundo, e o segundo o quarto.*”<sup>5</sup>

O Magistrado, antes de aplicar a analogia, deve inverter a hipótese, ou seja, considerar que a norma regula o fato não previsto, examinando depois se deve reputar apropriada a analogia para o que é hipótese legal, que passa a regular caso *sub judice* não prescrito. Se o resultado for afirmativo aplica-se a analogia. O processo analógico consiste em aplicar uma disposição legal a um caso não qualificado normativamente, mas que possui algo semelhante com o fato-tipo por ela previsto.

Comentando as funções do Juiz, Friedrich A. Hayek oferece páginas magistrais sobre a diferença entre Juízes que obedecem as leis e os Juízes arbitrários, que assim se procurou traduzir

---

<sup>5</sup>Puente, Fdrnando Rey. Sentidos do Tempo em Aristóteles. Googlelibros. <http://books.google.com.br/books?id=eFp5>

em português: “ao frustrar expectativas razoáveis decorrentes de decisões anteriores, o Juiz Não exerce sua função. Embora o Juiz possa desenvolver a lei quando decide causas genuinamente duvidosas, ele não pode, na verdade, alterá-las...; embora possa reconhecer claramente que outra lei seria melhor, ou mais justa, seria evidentemente injusto aplicá-las a transações ocorridas quando uma lei diferente era a válida.” Em tais situações, é desejável que a nova lei seja conhecida antes de ser aplicada; e isso só pode ser conseguido com a promulgação de uma nova lei que só será aplicada no futuro. Onde é necessária uma mudança real da lei, a nova lei só poderá ser preencher a função de toda lei, ou seja, a de guiar expectativas, se for conhecida antes de ser aplicada.

Modernamente, encontra-se na analogia uma averiguação valorativa. Ela seria um procedimento argumentativo, sob o prisma da lógica retórica, que teria por escopo “transferir valores de uma estrutura para outra”. Teria um caráter inventivo, uma vez que possibilita “ampliar a estrutura de uma situação qualquer, incorporando-lhe uma situação nova”, tendo por base o juízo de semelhança.

Verifica-se que a Lógica do Razoável, encaixa-se aqui, perfeitamente. Grande é o seu papel no procedimento analógico, e, embora não, tenha sido apontada explicitamente por nosso legislador, o foi de modo implícito.

Para Alípio da Silveira, o Magistrado, ao buscar solucionar uma hipótese não prevista, deve lançar mão da valoração não só do texto legal de que se utilizará para preencher a lacuna, como também da solução por ele obtida, mediante analogia, em função das circunstâncias do caso sub judice. Na hipótese da lacuna o Juiz deverá investigar as normas que contemplem hipótese semelhante ao caso em tela, a realidade social, o sentido dos fatos, indagando dos valores que informam a ordem jurídica, passando de um subsistema a outro. A Lógica do Razoável ajusta-se à adaptação da norma ao caso não previsto, no emprego de argumentos analógicos.

## 5. NATUREZA JURÍDICA DA ANALOGIA

A analogia não é uma técnica interpretativa nem tampouco uma fonte de direito, mas um procedimento que serve para integrar normas, partindo de um exame comparativo entre duas situações jurídicas, aplicando à não legislada a solução dada para a que tem característica essencial semelhante. A analogia se situa no campo da integração. Quando se aplica, analogicamente, um certo dispositivo legal para decidir um caso concreto, percebe-se que este não se compreende naquele, uma vez esgotados todos os recursos que possibilitam a expansão de

uma norma, como a averiguação da vontade da lei, de seus efeitos inconscientes e da interpretação extensiva.

A analogia, segundo Tércio Sampaio Ferraz Jr, não é apenas a momentânea ampliação do dispositivo para um caso novo, mas uma efetiva mudança no tipo consagrado pelo dispositivo. Não há apenas uma transferência de valores de uma estrutura para outra, mas uma verdadeira troca. Daí a certa reserva, amplamente conhecida, do direito público em relação à analogia; por exemplo, no direito penal, exceto quando favorece o delinqüente, ou seja, a analogia *in bonam partem*.

Clóvis Bevilácqua escreve que: “A analogia é operação lógica pela qual o aplicador de lei remonta ao princípio de que ela emana para, por via de consequência, estender-lhe o império a casos semelhantes aos que a lei regula”. Há aí, embora uma revelação do direito latente, ou uma cristalização de formações jurídicas, que a inteligência do aplicador ergue à tona da vida social corrente<sup>6</sup>”.

## 6. FUNDAMENTOS DA ANALOGIA

A aplicação analógica requer dois pressupostos:

Que o caso *sub judice* não esteja previsto em norma jurídica. Isto porque direito expresso não abrange analogia, pois esta dilata a aplicação da lei a casos não previstos. A analogia compara, e da semelhança conclui pela aplicação da norma ao caso em tela, sendo, portanto, um processo mental, ao passo que a norma é um imperativo. Se já houvesse lei regulando o caso, ter-se-ia interpretação extensiva.

Que o caso não contemplado tenha com o previsto, pelo menos, uma relação de semelhança. Que o elemento de identidade entre eles não seja qualquer um, mas sim essencial ou de fato que levou o legislador a elaborar o dispositivo que estabelece a situação a qual se quer comparar a não contemplada. Terá de haver uma verdadeira e real semelhança e a mesma razão entre ambas as situações. Meras semelhanças aparentes, afinidades formais ou identidades relativas a pontos secundários não justificam o emprego da argumentação analógica.

Conclui-se que existe com relação ao problema das lacunas, um ponto em que todos concordam: trata-se de uma lacuna se e somente se estivermos diante de uma situação em que

---

<sup>6</sup> Op. Cit.pág 120

falte ao Juiz um critério para decidir determinado caso. Não há que se confundir lacunas com eventuais dificuldades de interpretação. A lacuna se manifestaria se, concluída a interpretação da lei, ficasse constatada a ausência de um critério capaz de possibilitar uma decisão.

Para que a analogia tenha cabimento, verifica-se-á necessidade de existir uma omissão, um vazio no texto legal, pois se que este é abrangente do caso de espécie focalizado far-se-á meramente a aplicação textual; e, ainda, que a hipótese guarde relação de semelhança com aquela que o legislador imediatamente previu.

## 7. MODALIDADES DE ANALOGIA

Os autores costumam distinguir a analogia *legis* da analogia *juris*.

Na terminologia de Karl Larenz, a analogia *legis* ou individual consiste na aplicação de uma norma existente destinada a reger caso semelhante ao não previsto, importando numa maior vinculação a uma determinada norma, partindo da similitude entre as hipóteses quanto a seus aspectos essenciais, chegando assim à conclusão da igualdade da consequência jurídica. A analogia *legis* apoia-se num dispositivo legal existente, que é aplicável à hipótese similar, constituindo-se, portanto, num argumento lógico, numa autêntica reconstrução normativa, produto, por um lado, de uma segurança jurídica e, de outro lado, da flexibilidade do direito.

A analogia legal provém de um preceito jurídico individual. O ordenamento jurídico não deve permitir que se dê tratamento diferente a casos semelhantes: *ubieadem legis ratio, ibieadem legis dispositio*. Segundo Wandick L. da Nóbrega<sup>7</sup>, a norma jurídica pode não ter mencionado o caso por mera omissão do legislador ou não ter sido permitido incluí-lo na época em que foi elaborado pelo fato de haver ele surgido posteriormente.

A analogia *juris*, também segundo Karl Larenz fundamenta-se num conjunto de normas, para extrair elementos que possibilitem sua aplicabilidade ao caso sub *judice* não previsto, mas similar. É o processo lógico que, com base em várias disposições legais, que disciplinam um instituto semelhante ao não contemplado, reconstrói a norma ínsita no sistema pela combinação de muitas outras.

## 8. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA E ANALOGIA

---

<sup>7</sup>VandickL.da Nóbrega. Compêndio de Direito Civil. Editora Freitas Bastos, 1975. Vol1.

A Doutrina vem confundindo, muitas vezes, a questão da interpretação extensiva com a analogia. Num certo sentido pode-se considerar a analogia e a interpretação extensiva como espécies de complementação da norma, mas não há como confundir ambas. Podemos diferenciá-las tendo por ideia basilar o problema da integração do direito. A interpretação extensiva, ao admitir que a norma abrange certos fatos-tipos ainda que implicitamente dentro do espírito da lei, não é considerada como instrumento integrador. A norma possui um cerne significativo e uma zona de penumbra, sendo que sua aplicação dentro dos limites dessa zona de penumbra é interpretação. Já na aplicação analógica o Juiz terá que ir além do próprio texto legislativo que rege situações típicas, mas que, por razões de similitude, poderia abarcar outras, indo, portanto, além dos limites da sua zona de penumbra.

Karl Larenz<sup>8</sup> nos oferece uma interessante colocação, ao procurar estabelecer quando termina a interpretação e surge a analogia. A interpretação extensiva ultrapassa o núcleo do sentido da norma, avançando até o setor marginal. Ultrapassando tal marco, ou seja, se a interpretação não se restringir ao sentido literal possível da norma, estaremos no desenvolvimento aberto do direito, o que, dada a rigorosa vinculação do Juiz às normas jurídicas, na tipicidade tributária e penal, é impossível, não o sendo, porém, no âmbito do direito civil, cujas normas são do tipo aberto.

Podemos depreender que na quadra da lacuna, a interpretação é fase subsequente à integração. Por esse prisma, leciona Paulo Nader que a integração da lei não se confunde com as fontes formais, nem com os processos de interpretação do direito. Os elementos de integração não constituem fontes formais porque não formulam diretamente a norma jurídica, apenas orientam o aplicador para localizá-la. A pesquisa dos meios de integração não é atividade de interpretação, porque não se ocupa em definir o sentido e o alcance das normas jurídicas. Uma vez assentada a disposição, aí sim se desenvolve o trabalho de exegese.

O ato intelectual de preencher a lacuna da lei levanta a prática de integração do direito. Não se trata, portanto, de deduzir uma tarefa interpretativa, na medida em que a interpretação parte do texto legal existente, enquanto a integração é processo lógico que se forma e fundamenta a partir da omissão da lei.

Wandick L. da Nóbrega<sup>9</sup> não acredita que a analogia crie o direito, nem o princípio, porque ela se limita a estender os efeitos a casos que não tenham sido previstos. Embora apresente muita afinidade com a interpretação extensiva, dela se distingue em vários pontos: a)

---

<sup>8</sup> In: [http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Metodologia\\_LARENZ.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Metodologia_LARENZ.pdf)

<sup>9</sup> Op. Cit. Pág 184.

recorre-se à analogia na falta de norma, que regule a matéria, ao passo que na interpretação o caso está mencionado na norma que se deve interpretar; b) a analogia recorre a princípio não expresso para aplicá-lo em casos não previstos, ao passo que a interpretação nada acrescenta à norma interpretada.

## 9. MÉTODOS DE HETEROINTEGRAÇÃO

Historicamente, o costume é a forma primeira da elaboração da norma jurídica. Quando um grupo social adota uma prática reiterada de agir, sua repetição constante a transforma em regra de comportamento, que o tempo consolida em princípio de direito. Constitui, tipicamente, o direito não-escrito, direito consuetudinário, ainda que as regras sejam recolhidas em repositórios que as conservam e em que possam ser consultadas por quem as queira conhecer, como se deu na França, antes da codificação, com a região chamada “países do direito costumeiro”, nas coletâneas conhecidas como *coûtures* de Paris, *Coûtumes* de Orleans. Na Alemanha, após a recepção do direito romano, generalizou-se a sua aplicação por via consuetudinária, no chamado *ususmodernuspandectarum*.

O costume é uma das mais antigas fontes jurídicas, precedendo até mesmo à lei escrita. Com o passar do tempo, porém, a lei passou a ser fonte imediata do direito. A lei, por mais extensa que seja em suas generalizações, por mais que se desdobre em artigos, jamais poderá conter toda a infinidade de relações emergentes da vida social, tão variável de lugar para lugar, de povo para povo.

Sendo, atualmente, a lei a fonte principal do direito, o costume, que é a fonte subsidiária, há de gravitar na órbita do direito escrito. Vigora e tem cabimento, até onde não chega a palavra do legislador, seja para regular as relações sociais em um mesmo rumo que o costume antes vigente, seja para estabelecer uma conduta diversa da consuetudinária

O costume é, em regra, uma fonte supletiva e de mais alta relevância. Com o artigo 4º, da LICC, situa-se o costume, imediatamente, abaixo da lei, não se opondo ao direito escrito, mas ao legislado, pois, modernamente, o costume é formulado por escrito em repertórios.

Segundo o artigo 4º, da LICC o recurso ao costume só tem cabimento quando se esgotar todas as potencialidades legais, assegurando assim, a segurança jurídica. Daí seu caráter de fonte subsidiária, que procura completar a lei, preenchendo a lacuna. Acertado, pois, que o costume é fonte subsidiária de direito, cabe apurar como opera e qual a autoridade de sua extensão. Sendo que sua análise acusa dois elementos constitutivos, um externo e outro interno.

O primeiro, externo, é a constância da repetição dos mesmos atos, e observância uniforme de um mesmo comportamento, capaz de gerar a convicção de que daí nasce uma norma jurídica. Sua formação lenta e sedimentaria, exige a freqüência e a diuturnidade. Não vigora mais a exigência de nosso direito anterior ( lei de 18 de agosto de 1769 ), que exigia, para que o costume tivesse força obrigatória, contasse mais de 100 anos. Sem a menção de um período pré-determinado, a formação do costume exige lapso de tempo mais ou menos longo, devendo quem o invoque prová-lo. Esta será, naturalmente, relativa, podendo constituir-se costume no decurso de tempo mais extenso, ou menos, conforme a matéria, a região, ou a freqüência do comportamento.

O segundo, interno, é a convicção de que a observância da prática costumeira corresponde a uma necessidade jurídica. Tal convicção deve ser tal, quer no sentido de que toda a sociedade a cultiva, quer no que ao menos uma parcela ponderável da comunidade a observa, quer ainda no de que uma categoria especial de pessoas a mantém.

## 10. NATUREZA JURÍDICA DO COSTUME

Costume é a reiteração constante de uma conduta, na convicção de ser a mesma obrigatória, ou, em outras palavras, uma prática geral aceita como sendo o Direito

Sobre a natureza jurídica dos costumes imperam várias teorias, como a Teoria da vontade popular, que é aquela que entende que a obrigatoriedade do costume descansa no consenso popular tácito, porém, essa doutrina não pode ser aceita porque existem costumes vigentes que são, completamente, ignorados pelo povo.

Volnei Ivo Carlintrancreve um conceito simples sobre a criação dos costumes e sua importância: “E ser justo é julgar conforme a escala de valores comumente admitida pela sociedade em certa época, de tal maneira que a decisão seja reconhecida como boa pelo maior número de pessoas. Julgar contra a consciência popular pode constituir-se em ato injusto, como o é a interpretação da lei distanciada da época vivida”<sup>10</sup>.

Quanto ao costume jurídico, a comprovação de sua origem é caracterizada por grande parte dessa espécie normativa tenha nascido por obra de funcionários do Estado ou de Corporações que possuíam a faculdade de se regerem por normas próprias e de impô-las a todos os homens que delas dependiam.

---

<sup>10</sup> In: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106454/321102.pdf?sequence=1> acesso em 23.10.2014

Para Maria Helena Dinizo costume, sem a formação de uma convicção jurídica, não pode ser tido como jurídico; seria simples uso social.

É preciso, portanto, distinguir do costume, como regra jurídica, os hábitos sociais, as práticas diuturnas dos indivíduos nas suas relações domésticas, ou dentro dos círculos estreitos de dadas categorias, ou nas praxes adotadas e cultivadas nas relações de amizade. Uns e outros, embora se adotem com frequência, não chegam a gerar normas jurídicas. O procedimento privado de um indivíduo ou de um grupo servirá para esclarecer as suas relações ou interpretar os seus negócios, mas não é regra jurídica de aplicação com caráter geral.

Para a grande maioria dos juristas, entre eles: Washington de Barros Monteiro, Vicente Ráo, Clóvis Bevilácqua, o costume jurídico é formado por dois elementos necessários: o uso continuado e a convicção jurídica (convicção da obrigatoriedade). Outra fonte de direito consuetudinário é a jurisprudência. Podemos entender por jurisprudência a interpretação da lei, feita pelos juízes e tribunais, nas suas decisões, estando firmada, quando uma questão é julgada e decidida reiteradamente da mesma maneira. Dizia Rui Barbosa: “Ninguém ignora, hoje em dia, que a jurisprudência modifica incessantemente as leis do direito privado. Toda codificação, apenas decretada, entra sob o domínio dos arestos, no movimento evolutivo que, com o andar dos tempos, acaba por sobrepor à letra escrita o direito dos textos judiciais”<sup>11</sup>.

No common law a jurisprudência é a principal expressão do direito, pois integra-se por julgados esparsos. O common law inglês procede da ação dos tribunais e não do povo inglês. Atualmente, o common law vem sendo, progressivamente permeado e contrabalançado pelo desenvolvimento de leis escritas na Inglaterra e nos Estados Unidos.

Diferente do sistema jurídico anglo-saxônico, o romanístico proíbe decisões conforme o precedente, existindo assim, a subordinação à lei, fonte jurídica primordial; conseqüentemente, não há que se falar em vinculação jurídica às decisões dos tribunais superiores e às suas próprias decisões, já que, ante a independência da magistratura, o órgão judicante pode alterar, conforme sua consciência e a lei, uma opinião formulada anteriormente ao decidir caso similar.

Gény apresenta críticas à concepção de que a jurisprudência possa ser um costume. Ao que responde Limongi França que a jurisprudência, para ser considerada como um autêntico costume jurídico, deverá preencher certos requisitos: não ferir nenhum texto legal vigente; ser conforme à reta razão, ou seja, uma conclusão válida cujo preceito venha a atender os reclamos de uma lacuna; fazer com que à força de sua própria necessidade sócio-jurídica tenha encontrado na mente dos órgãos judicantes uma aceitação comum, reiterada e pacífica.

---

<sup>11</sup> Apud Reale, Miguel. Noções Preliminares de Direito. São Paulo, Saraiva, 1999

Maria Helena Dinizsalienta que tanto na França como no Brasil, o Juiz não tem poder de legislar e que o costume é oriundo do povo, e este, salvo exceção, como nos casos do plebiscito, não possui *munus* legislativo. No entanto, não é possível negar a força dos costumes oriundos do povo, e muito menos da jurisprudência.

Ante o fenômeno da uniformização das decisões judiciais e das súmulas dos tribunais superiores, poder-se-á dizer que a jurisprudência é, no sistema romanístico, uma fonte jurídica valiosa no preenchimento de lacunas. Adiante veremos o papel da súmula vinculante.

São condições para a vigência de um costume: sua continuidade, sua uniformidade, sua diuturnidade, sua moralidade e sua obrigatoriedade. Pode-se dizer que o costume, sendo fonte subsidiária do direito, não requer sua alegação em juízo, pois o Juiz conhece o direito: *jura novitcuria*. Porém, em virtude do caráter difuso da elaboração consuetudinária, muito se discute sobre a necessidade de sua prova, por aquele que o alega em juízo, a favor de sua pretensão.

## 11. ESPÉCIES DE COSTUME

São três espécies de costume: consuetudo secundumlegem, praeterlegem e contra legem. O costume secundumlegem está previsto em lei, que reconhece sua eficácia obrigatória, por exemplo, o Código Civil de 1916 prescreve: “O locatário é obrigado a pagar pontualmente o aluguel nos prazos ajustados e, em falta de ajuste, segundo o costume do lugar”. O artigo 1.219, por sua vez, prescreve: “A retribuição pagar-se-á depois de prestado o serviço, se, por convenção, ou costume, não houver de ser adiantada, ou paga em prestação”.

Além da legislação brasileira, o Código Civil argentino, no artigo 17. dispõe:  
”Art.17. *“el uso, lacostumbre, o práctica no puedemcrear derechos, sino cuando lās leyes se refiran a ellos o em situaciones no reladas legalmente”*,

O Código Civil italiano, no artigo 8º, ao dizer:  
**Art. 8 Usi “Nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati”**

A invocação do costume às vezes se dá no silêncio da lei, quando se encontra um aparente hiato nas suas disposições, preenchido pela observância de práticas costumeiras, de que os tribunais se valem para completar-lhe o preceito.

Outras vezes, quando é a própria lei que ordena a adoção dos costumes locais, o Juiz deve procurar, na sua função aplicadora da norma, casos em que a regra costumeira integra expressamente o direito positivo.

O costume é *praeterlegem* quando se reveste de caráter supletivo, suprindo a lei nos casos omissos, preenchendo lacunas. É o que está contido no artigo 4º, da LICC. Por exemplo: a função natural do cheque é ser um meio de pagamento a vista, entretanto, muitas pessoas vêm, reiteradamente, emitindo-o não como mera ordem de pagamento, mas como garantia de dívida, para desconto futuro, na convicção de que esse procedimento não constitui crime. Tal costume de emitir cheque pós-data, baseado em hábito da época, realizado constante e uniformemente e na convicção de que se trata de uma norma de Direito Civil no Brasil como se estivéssemos cuidando de uma letra de câmbio ou de uma promessa de pagamento. Dessa forma o Magistrado, muitas vezes, no caso concreto, utiliza-se dessa norma consuetudinária, como fonte supletiva da lei.

O costume *contra legem* é aquele que se forma em sentido contrário ao da lei. Seria o caso do costume negativo, implicitamente, revogatória das disposições legais, que produz a não aplicação da lei, em virtude de desuso, uma vez que a lei passa a ser letra morta. Quanto a este tipo de costume alguns autores o admitem e, outros não.

Em princípio, o costume não pode contrariar a lei, pois uma lei só se modifica ou se revoga por outra da mesma hierarquia ou de hierarquia superior, como prescreve nosso artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil: “Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue”.

Embora registrem a orientação da jurisprudência francesa no sentido da inaptidão do costume, para revogar a lei, admitem três exceções: a) as leis supletivas, como interpretativas da vontade das partes, cedem ao uso constante em contrário; b) as leis de circunstâncias motivadas por acontecimentos passageiros desaparecem com eles, e é o costume que comprova o seu desuso. O problema não é de ab-rogação dissuetudinária, mas de revogação; c) o erro invencível e a regra *error communis facit ius*, na construção de uma teoria especial de erro de direito, já que, se individualmente inescusável, é suscetível de atingir a lei quando geral e inevitável, ou quando se apresenta sob a forma de uma “ignorância coletiva” da Lei.

Serpa Lopes pondera: “Uma lei pode impor tudo menos a sua irrevogabilidade, e, embora ela prescreva, como medida de segurança, que a sua revogação só se pode dar em razão de outra lei escrita, a realidade, através de um costume reiterado, enraizado nos dados sociológicos, em harmonia com as necessidades econômicas e morais de um determinado povo, é demasiado poderosa e capaz, portanto, de romper os diques de uma norma, justa em regra, mas que, excepcionalmente, pode se converter num mero artifício, respeitada, à semelhança de um filho que seguisse o paganismo paterno, somente para manter uma tradição, não escutando um apelo de sua própria consciência”.

## 12. EQUIDADE E PRINCÍPIOS GERAIS DE DIREITO

Os princípios gerais de direito são conceitos básicos de diversa gradação ou extensão, pois alguns cobrem o campo todo da experiência jurídica universal, outros se referem aos ordenamentos jurídicos pertencentes a alguns países, outros são próprios do direito pátrio. O ordenamento jurídico se distribui em faixas normativas ou sistemas normativos diferentes, correspondentes às diferentes esferas da realidade social. Cada região jurídica pressupõe diretrizes ou conceitos básicos que asseguram a unidade lógica dos institutos: princípios gerais do direito civil, do direito penal, do direito processual, do direito trabalhista. Além disso, os princípios gerais do direito se connexionam com elementos dos subsistemas fáticos e valorativos.

Um desajuste nos elementos que compõe o tridimensionalismo jurídico de Miguel Reale, definidos como fato, valor e norma, pode fazer surgir a lacuna. Os princípios gerais de direito então poderão ser invocados para dar solução ao caso concreto sem, contudo que esqueça o primado da lei em nosso sistema jurídico:

A lei é a fonte primária, característica do próprio sistema romano germânico, devendo o juiz recorrer primeiramente à lei, aos costumes, já estudados e por fim, aos princípios gerais de direito que por ora pretendemos estudar.

Como é promulgada sem o conhecimento das peculiaridades do caso, e não é a vontade de um indivíduo que decide quanto à coerção que será empregada para aplicá-la, a lei não é arbitrária. Todavia, isto é verdadeiro apenas se entendermos por leis as normas gerais, aplicáveis igualmente a todos. O Legislativo está circunscrito por leis gerais, devendo lidar com problemas particulares de tal maneira que determinado princípio possa também ser aplicado em outros casos. Se o Legislativo infringir um princípio até então observado, embora talvez nunca declarado expressamente, deverá reconhecer tal fato e submetê-lo a um processo elaborado, a fim de verificar se as convicções básicas do povo realmente mudaram.

A revisão judicial não é um obstáculo absoluto para a mudança e, na pior das hipóteses, apenas atrasa o processo, obrigando o constituinte a repudiar ou reafirmar o princípio em tela. Alguns argumentam, principalmente, os mais conservadores, que o movimento se distorceu e tornou-se Escola do Direito Livre. Passando o Juiz pela lei, e decidindo com o que acha certo, ou seja, através da **equidade**, de acordo com a vontade e crenças pessoais. A equidade não pode ser vista como um retrocesso, mas sim como um avanço na aplicação do direito.

No Livro o Direito como salvaguarda da Liberdade, Friedrich A. Hayek ensina: “O<sup>12</sup> Juiz terá de frequentemente resolver um quebra-cabeça para o qual pode haver mais de uma solução, mas em muitos casos já será difícil até mesmo encontrar a solução que seja adequada a todas as condições a que tem de satisfazer. A tarefa do Juiz será, pois, uma tarefa intelectual, não uma tarefa na qual suas emoções ou preferências pessoais, sua compaixão para com a dificuldade de uma das partes ou sua opinião sobre o objetivo particular possam afetar sua decisão. Terá ele um objetivo preciso, conquanto não um fim concreto, ou seja, o objetivo de desenvolver uma dada ordem de ações, ou proferir uma decisão que previna a recorrência dos mesmos conflitos. Ao tentar cumprir tal tarefa., o Juiz terá sempre de mover-se dentro do âmbito de um conjunto de normas que ele tem de aceitar e terá de preencher a lacuna dessas normas com uma decisão exigida pelo objetivo a que o sistema como um todo serve.”<sup>13</sup>

### 13. EFEITO VINCULANTE DOS JULGADOS DA CORTE SUPREMA E DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO BRASIL

Tema que ultimamente tem preocupado os meios jurídicos do país é o do chamado efeito vinculante, que obrigaria nossos juízes e tribunais a pautar suas decisões pelos julgados do STF, eficácia que alguns pretendem estender às decisões dos Tribunais Superiores. À primeira vista a providência parece acertada, de vez que asseguraria a uniformização da jurisprudência nacional, e com ela a tão almejada, quanto difícil, segurança jurídica.

Sem dúvida que todos nós desejaríamos que fossem iguais as decisões proferidas em casos iguais, de modo que, com base nos precedentes, se tornasse realizável a antevisão do julgamento final das demandas. Mas na verdade será difícil, senão impossível, acontecer que em tudo se identifiquem duas causas submetidas à Justiça. Serão, no máximo, análogas, coincidindo em alguns pontos e divergindo em outros. Mas logo se vê que nesta altura deve entrar em cena a árdua ciência da interpretação das decisões, que só ela poderia traçar os limites entre os temas centrais e os periféricos.

---

<sup>12</sup>HAYEK, Frederich August von. **Direito, Legislação e Liberdade**. Tradução de Anna Maria Capovilla. São Paulo: Editora Visão, 1985.

13. Op. cit., p. 131

E aqui, precisamente, estão dois instrumentos (além de outros) de que se valem os juízes do sistema anglo-americano para fugir ao vínculo dos precedentes, o que fazem seja afirmado que os fatos examinados no julgado anterior são diferentes dos que posteriormente devem ser decididos, seja declarando que a regra invocada não integra as razões de decidir (*ratiodecidenti*) do juízo mais antigo.

Como sublinha de modo primoroso Miguel Reale, uma visão elevada do Poder jurisdicional pressupõe o superamento de uma concepção passiva da função dos magistrados, e, por conseguinte, da sentença como automática aplicação dos ditames da lei ao caso concreto, sem, a participação criadora do juiz. Os estudos de hermenêutica, uma das formas de conhecimento mais expressivas de nosso tempo, vieram demonstrar que o ato interpretativo implica sempre uma contribuição positiva por parte do exegeta, mesmo porque o ato de julgar, talvez o mais complexo e dramático entre os atos humanos, importa no dever do juiz de situar-se, solitariamente e corajosamente, perante a prova dos autos e os imperativos da lei, a fim de enunciar o seu juízo, reflexo de sua amadurecida convicção e de seu foro íntimo. Pode-se-ia dizer que o juiz torna-se eticamente alheio aos rumores da rua para que possa justamente se pronunciar sobre a causa, o que envolve o emprego de todas as virtudes de sua personalidade, abstraindo-se de enganosas pressões imediatas para poder captar a essência do justo, tal como este vai historicamente se configurando.

A da Súmula da Jurisprudência Dominante, criada em 1963, por iniciativa do Min. Victor Nunes Leal, pelo STF, em que simplesmente são enunciadas as posições vencedoras no Pretório Excelso, sobre temas controvertidos. Embora lhes falte efeito vinculante, elas são geralmente adotadas pelos juízes e tribunais do país, seja pelo poder de convicção dos acórdãos de que se originara, seja por motivos de ordem prática.

O julgamento definitivo da Súmula vem do eminente Miguel Reale, nestes termos: As Súmulas, como modelos jurisdicionais tendem a adquirir certa estabilidade, e não há nada dessa adoção oblíqua do *staredecisis* importada do Common Law, desde que não se resvale para a rotina. Dever dos juristas, tendo à frente a categoria pugnaz dos advogados, é zelar para que não se enferruje o mecanismo jurisdicional, de maneira que os modelos jurisdicionais sejam constantemente revistos, em razão de mutações supervenientes no sistema legal, ou, o que não é menos importante, em virtude da emergência de novos valores socioeconômicos, ou, por melhor dizer, culturais.

Atualmente, a **súmula vinculante, vigente no Brasil** desde a edição da EC45/04 e regulamentada pela edição da Lei Complementar 11.417/06 tem ainda causado controvérsias, pois, ao passo que enquanto parte da doutrina vê a Súmula vinculante como um engessamento das

decisões, outra corrente a vê como meio forma de proporcionar a “melhoraria a situação da morosidade processual, priorizando uma prestação jurisdicional mais eficaz e isonômica, diminuindo a atual insegurança jurídica e proporcionando maior credibilidade à justiça brasileira”<sup>14</sup>

É evidente que uma tal situação deriva de um sistema ao qual falta um mínimo de racionalidade. Não se pode fugir deste dilema: ou é necessário que todos estes feitos subam à apreciação da Corte Suprema, e neste caso é imperioso o aumento do número dos seus juízes, ou é mais importante que se mantenha a Corte em suas dimensões atuais, e nesta hipótese deve ser reduzido o montante dos feitos que lhe devem ser atribuídos.

A verdadeira missão das Cortes Supremas é a de velar pela boa aplicação das regras jurídicas pelas jurisdições inferiores e, como consequência, assegurar a unidade da jurisprudência.. A sua missão direta e fundamental devia dirigir-se a reconduzir os Tribunais ao sagrado respeito da lei, à pureza e uniformidade de sua aplicação, a obedecê-la religiosamente.

A questão é complexa e um exame mais profundo que dela se quisesse fazer não caberia nos apertados limites deste estudo. Mas, sem dúvida, está a merecer uma séria consideração que, não haja dúvida, poderá contribuir para dar maior racionalidade e eficiência dos juízes e substituiriam a jurisprudência viva que acompanha os fatos cambiantes da vida corrente a um álgido repertório de soluções pré-moldadas.

*“Um Código não é obra da ciência e do talento unicamente; é, sobretudo, a obra dos costumes, das tradições, em uma palavra, da civilização, brilhante ou modesta, de um povo”.*

*José de Alencar*

## CONCLUSÕES

A questão das “lacunas jurídicas” é recente, pois se tornou, na realidade, um problema teórico apenas no século XIX, quando se passou, com o positivismo jurídico, a conceber o sistema jurídico como autônomo e diferenciado.

Difícilmente se sustentam as correntes doutrinárias que entendem que o sistema jurídico é fechado, porque todo comportamento está, deonticamente, nele determinado, sustentando, assim, o dogma da plenitude hermética do ordenamento jurídico, baseado no princípio de que

---

<sup>14</sup> In: <http://jus.com.br/artigos/27223/sumula-vinculante-analise-critica#ixzz3H2kJed5J>

“tudo o que não está proibido está permitido”. Isto porque, no nosso entender, esse princípio não constitui uma norma jurídico-positiva, não conferindo, portanto, direitos e obrigações a ninguém, sendo assim um mero enunciado lógico, inferido da análise do sistema normativo. Considerado sob o prisma da linguagem, seria uma metalinguagem. Com isso essas teorias fracassam no empenho de sustentar que todo sistema jurídico é uno, completo, independente e sem lacunas, pois concebem o direito sob uma perspectiva estática.

Há ainda quem considere as lacunas como uma questão processual que só aparece por ocasião da aplicação do direito num determinado caso concreto não previsto legalmente, fazendo com que o problema tome uma feição pragmática, chegando a afirmar que não há lacuna porque há juízes, com o que discordamos, pois a decisão judicial preenche, porém não elimina, a lacuna, não podendo, portanto, instaurar a completude, no sentido de garantir que toda ação possível tenha um status deôntico. Mesmo diante do citado efeito vinculante, pois é meio supletivo e não impede que o legislador, ao trazer ao ordenamento novas regras, traga também, novos espaços a serem preenchidos pelo estudo do tema. Além disso, a tarefa integradora do magistrado não é autônoma nem mesmo arbitrária, deve ater-se sempre às pautas autorizadas pela ordem jurídica.

Partindo do ponto de vista de que o sistema jurídico é aberto e incompleto, podemos concluir que o direito é um fenômeno dinâmico e bastante complexo, com aspecto multifário, contendo várias dimensões: normativa, fática e axiológica.

De maneira que o sistema jurídico compõe-se de três subsistemas isomórficos: o de normas, o de fatos e o de valores. Se esta isomorfia se quebrar surgem lacunas, que podem ser colmatadas passando-se de um subsistema a outro. Havendo, portanto, inadequação entre os subsistemas em razão da sua própria evolução interna, pode dar origem a uma situação indesejável em que a norma e o fato correspondente entrem em conflito com o valor que os informa, ou que o fato, devido a uma modificação social, não mais atenda aos ditames axiológicos, conflitando assim com a norma.

O direito é lacunoso, sob o prisma dinâmico, já que se encontra em constante mutação, pois vive com a sociedade, sofre com ela, recebendo a cada momento o influxo de novos fatos e valores, não havendo possibilidade lógica de conter, em si, prescrições normativas para todos os casos. As leis são, indubitavelmente, sempre insuficientes para solucionar os infinitos problemas da vida. O legislador, por mais hábil que seja, não consegue, de maneira alguma, reduzir os comandos legislativos às necessidades do momento, abrangendo todos os casos emergentes da constante elaboração da vida social que vêm pedir garantia ao direito; por mais que dilate o alcance e significado desses dispositivos, estes jamais conterão as ondulações que as necessidades da vida coletiva exigem.

Se não se admitissem lacunas no direito, sob o prisma dinâmico, o Poder Legislativo nada teria que fazer, pois todas as condutas já estariam prescritas, em virtude do princípio “tudo o que não está proibido está permitido”. E, além disso, se não há lacunas porque há juízes, eles, com base nos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro, iriam eliminando-as. Contudo, tal não ocorre, pois apenas as colmatam, assim como em outros países citados.

O juiz determina soluções jurídicas individuais que só valem para cada caso concreto, normas essas que só poderão ascender a normas jurídicas gerais somente após um posterior processo de recepção por uma lei. A instauração de um modelo jurídico geral é da competência do Poder Legislativo; só ele, em regra, poderá modificar as normas jurídicas, criando novas normas, aptas para atender e satisfazer as novas necessidades sociais. O juiz não pode substituir ao legislador. A teoria das lacunas tem dois escopos: fixar os limites para as decisões do órgão judicante e justificar a função do Poder Legislativo, o que atende aos imperativos do caráter dinâmico do direito. Assim sendo, as omissões legislativas, por exemplo., no âmbito juscivilista devem e podem ser supridas pelos mecanismos integradores, já que as normas civis são de tipo aberto, atendendo-se, contudo, que a criação de novos modelos jurídicos civis só pode ser feita pelo Legislativo.

O direito apresenta lacunas, porém é, concomitantemente, sem lacunas, o que poderia parecer paradoxal se captarmos o direito estaticamente. É ele lacunoso, mas seu próprio dinamismo apresenta solução para qualquer caso sub judice, dada pelo Poder Judiciário ou Legislativo. O próprio direito supre seus espaços vazios, mediante a aplicação e criação de normas. De forma que o sistema jurídico não é completo, mas completável.

Em que pese este entendimento, está longe se representar solução para o tema, pois não se encontra uma doutrina que ofereça as coordenadas básicas que levem a uma opinião unânime do que seja a lacuna.

Por isso, consideramos que a lacuna é uma aporia, uma questão aberta, uma vez que recebe várias respostas, conforme as premissas que se adotem ou posição ideológica que se tenha. Admitida a existência de lacunas surge o problema de sua constatação e preenchimento, que só pode ser resolvido através da argumentação tópica, precedida por uma intuição heurística, pois descobre certas premissas que irão orientar na decisão do caso concreto sub judice, ao empregar os meios supletivos indicados pelo próprio ordenamento jurídico em estudo. Ao preencher lacunas o órgão judicante não cria direito novo; nada mais faz senão desvendar normas que, implicitamente, estão contidas no sistema jurídico.

## Referências

- BEVILAQUA, Clóvis. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3ª edição. Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves . Editora AS, 1980.
- BERLINGUER, Giovanni. *Questões de Vida. (ética, ciência, saúde)*. São Paulo. APCE/HUCITEC/CEBES. 1993.
- BITTAR, Carlos Alberto. *Responsabilidade Civil Médica, Odontológica e Hospitalar*. São Paulo, Saraiva, 1991.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*. Trad. Claudio de Cicco e Maria Santos. Brasília. Universidade de Brasília, 1994.
- CARRAZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 5ª Edição. São Paulo, Malheiros, 1993.
- DE PLÁCIDO E Silva. *Vocabulário Jurídico*, 10ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1987.
- DINIZ, Maria Helena. *As Lacunas no Direito*. 6 ed. São Paulo, Saraiva: 2000.
- \_\_\_\_\_. *Curso de Direito Civil Brasileiro*. São Paulo, Saraiva, V. 2, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*. São Paulo, Saraiva, 1988.
- FIORILLO, Celso A. Pacheco. *Direito Ambiental e Patrimônio Genético*. Belo Horizonte. Editora Del Rey, 2006.
- HAYEK, Frederich August von. *Direito, Legislação e Liberdade*. Tradução de Anna Maria Capovilla. São Paulo: Editora Visão, 1985.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*, 12. Edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo – meio ambiente, consumidor e outros interesses difusos e coletivos*. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e "Habeas Data"*. 19. ed. atual. por Arnaldo Wald. São Paulo: Malheiros, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Direito Administrativo Brasileiro*. 21 ed, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, São Paulo, Malheiros, 1995.
- PUENTE, Fernando Rey. *Sentidos do Tempo em Aristóteles*. Google libros. <http://books.google.com.br/books?id=eFp5>
- REALE, Miguel. *Noções Preliminares de Direito*. São Paulo, Saraiva, 1999.
- VANDICK L. da Nóbrega. *Compêndio de Direito Civil*. Editora Freitas Bastos, 1975. Voll.

WOLKMER, ANTONIO CARLOS. *Fundamentos de história de direito*. 3. ed. 2.tiragem. rev. e ampl. - Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

<http://jus.com.br/artigos/27223/sumula-vinculante-analise-critica> acesso em 13.04.2015.

<https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/106454/321102.pdf?sequence=1> acesso em 13.04.2015.

[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Metodologia\\_LARENZ.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Metodologia_LARENZ.pdf) aceso em 13.04.2015.

<http://jus.com.br/artigos/30333/nomos-e-thesis-no-pensamento-de-hayek/2#ixzz3H2dH0tsW> acesso em 13.04.2015.